

*La responsabilidad del franquiciador ante terceros clientes del franquiciado: un asunto frente al cual el derecho comercial está en mora**

Sergio Alberto Rojas Quiñones**

Recibido: marzo 10 de 2010

Aprobado: abril 23 de 2010

RESUMEN

La franquicia comercial en Colombia constituye hoy en día un excelente laboratorio de investigación para todos aquellos que desean contar con una caleidoscópica institución cuyo análisis sea factible no sólo desde una perspectiva teórica e iusprivatista, sino práctica, constitucionalista, administrativista y, en general, multifacética en sus diversas presentaciones en la praxis y la academia del derecho. El presente artículo procura contribuir en los avances metodológicos y dogmáticos en torno a esta materia, ocupándose de un asunto pasado por alto en la grandísima mayoría de las investigaciones propias de esta materia y cuya monta no es desdeñable a la luz de los efectos prácticos que puede acarrear: la responsabilidad del franquiciante por el hecho del franquiciado. Con miras a lograr una verdadera profundización de la materia, se procederá a desarrollar con minucia algunos asuntos que se han considerado como fundamentales en esta temática y que, entre otras, darán una visión integral de cómo puede el constituyente de la franquicia verse comprometido por los hechos de su co-contratante, a la luz de la legislación colombiana.

Palabras clave: responsabilidad por el hecho ajeno, presunción de culpa, franquicia, franquiciante y franquiciado.

* El presente artículo de investigación se inscribe dentro de la línea de investigación del grupo de estudios de Derecho Civil y Comercial de la Pontificia Universidad Javeriana; es uno de los productos finales del proyecto de investigación en materia de responsabilidad civil extracontractual derivada del contrato de franquicia, llevado a cabo en el marco de la línea de investigación en materia de 'Contrato de Franquicia' en el Semillero de Contratos Atípicos del Departamento de Derecho Privado de la ya mencionada facultad. El líder del grupo de investigación es el doctor Rafael Wilches Durán, profesor investigador de la Pontificia Universidad Javeriana.

** Estudiante de derecho en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana; es miembro del grupo de investigación en Derecho Civil y Comercial de la Universidad Javeriana, director de la revista *Universitas Estudiantes*, miembro del Centro de Estudios de Derecho Privado de la misma Universidad. Actualmente labora en la firma Salazar, Pardo & Jaramillo abogados. Dirección electrónica: srojas@spilaw.com

*Franchiser's liability before the franchisee's customers:
a topic before which commercial law
is not updated*

ABSTRACT

It is not a secret that commercial franchise in Colombia is currently an excellent research laboratory for all those who want to have a kaleidoscopic institution which analysis is feasible not only from a theoretical and ius privatum point of view, but also from a practical, constitutionalist, administrative, and in general, multifaceted point of view, in both praxis and academic law. This article tries to make a contribution to the methodological and dogmatic advances in relation to this topic, tackling an issue overlooked in most researches, that cannot be ignored in light of practical effects it may imply: franchiser's liability resulting from the franchisee's behavior. With the purpose of achieving a real and deep analysis of the topic, the article develops in detail some issues deemed as fundamental regarding this topic, which will provide an integral overview of how the franchiser can become affected by his/her co-contractual party's performance, according to the Colombian legislation.

Key words: Liability for acts of another, presumption of culpability, franchise, franchiser and franchisee.

INTRODUCCIÓN

De entre los muchos interrogantes que un estudio serio y concienzudo del contrato de franquicia ofrece, los relativos a los casos en los que se puede ver comprometida la responsabilidad civil extracontractual del franquiciante por el hecho del franquiciado revisten particular complejidad e importancia por cuanto en ellos confluyen múltiples variables de necesaria consideración, como el hecho de que se trate de un contrato atípico (en segundo orden)¹ carente de una regulación legal en el sentido formal del término, sumado a un complejo sistema de relaciones jurídicas existentes entre el franquiciante, el franquiciado y terceros y, adicionalmente, a los matices que en materia de responsabilidad civil extracontractual pueden generar las normas civiles de cada país, las cuales varían según las tradiciones y la evolución histórica que en cada ordenamiento han tenido dichas instituciones. De allí entonces que usualmente se hagan preguntas como si resulta jurídicamente plausible comprometer la responsabilidad civil extracontractual del franquiciador por el hecho del franquiciado en el régimen colombiano, y de ser así, si se trata de una regla general o de un caso excepcional o si es un caso de responsabilidad por culpa probada o por culpa presunta.

Frente a este tipo de interrogantes, las investigaciones tradicionalmente reconocen que en el contrato de franquicia comercial la responsabilidad del franquiciador puede quedar comprometida ante terceros clientes del franquiciado por acciones u omisiones de este último, fundamentándose en la responsabilidad por el hecho ajeno y las leyes de protección al consumidor; sin embargo, más allá de enunciar este hecho, son muy pocos los avances

¹ Tal y como se advertía en la Parte I del presente trabajo investigativo, la atipicidad contractual de la franquicia se circunscribe únicamente al plano de las regulaciones especializadas en esta forma de contrato, tratándose entonces de un contrato típico en primer orden (en términos de Arrubla, 2003) y atípico en segundo orden. Para más información remitirse a la primera parte del presente trabajo investigativo.

que la doctrina y el propio Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) han realizado en cuanto a cómo entender ese régimen particular de responsabilidad extracontractual a la que estaría sometido el franquiciador y cuáles serían los límites del mismo. En ese sentido, si bien pareciera existir cierta claridad en cuanto a que la responsabilidad extracontractual del franquiciador podría verse comprometida ante clientes del franquiciado, el asunto se torna turbulento y confuso cuando se pregunta por las minucias y rasgos particulares de susodicho régimen de responsabilidad y, con más veras, cuando se indaga por su aplicación en Colombia, donde existen rigurosas y estrictas disposiciones en torno a la llamada responsabilidad por el hecho ajeno y asuntos relacionados.

El presente artículo tiene precisamente por objeto dilucidar y profundizar los derroteros esenciales en materia de responsabilidad civil extracontractual del franquiciador por el hecho del franquiciado, partiendo de los ligeros presupuestos inicialmente propuestos por la doctrina internacional, con un sustento claro en la legislación nacional, y demostrando: a) que en el ordenamiento nacional es plausible y jurídicamente lógico comprometer la responsabilidad civil extracontractual del franquiciante ante los clientes del franquiciado, por el hecho de este último; b) que se trata de una regla general aplicable en los casos de franquicia, y no de una situación excepcional de algunos contratos de franquicia; c) que por aplicación de las normas de responsabilidad por el hecho ajeno en Colombia, en la responsabilidad del franquiciante por el hecho del franquiciado, la culpa del primero se presume; d) que el grado de responsabilidad del franquiciante se delimitará según ciertas particularidades de su posición frente al franquiciado, como el grado de control que ejerza sobre este último; e) que las reglas generales en esta materia deberán entenderse con los matices de eventuales estipulaciones contractuales

entre las partes, dada la jerarquía normativa en materia de contratos atípicos, así como del ámbito geográfico e aplicación de la franquicia y la modalidad particular que se haya implementado; f) que la aplicación de estas normas se extiende a la fase postcontractual, y g) que su ejercicio depende también de las vías procesales que el afectado opte por ejercer y las precauciones que el franquiciante tome.

Todo lo anterior con miras a ahondar en las consideraciones teóricas que se han hecho en torno a este tema, haciendo énfasis en el fundamento jurídico nacional (que evidentemente incide en la aplicación y desenvolvimiento de las relaciones contractuales del *franchising* en Colombia) y dando inicio a una línea de investigación centrada en el régimen de responsabilidad de la franquicia en Colombia, cuyo primer avance es el aquí presentado, pero cuya pretensión es la de tocar otros temas afines, como el relativo a la quiebra del franquiciado y los eventuales casos de responsabilidad civil contractual que podrían tener lugar en la ejecución de este tipo de acuerdo de voluntades. Empecemos pues con los presupuestos teóricos para demostrar los puntos anteriormente enunciados, partiendo, como es de suponerse, de un punto elemental: indagar si en Colombia es factible comprometer la responsabilidad civil extracontractual del franquiciante por el hecho del franquiciado frente a clientes de este último.

De entre los muchos interrogantes que un estudio serio y concienzudo del contrato de franquicia ofrece, los relativos a los casos en los que se puede ver comprometida la responsabilidad civil extracontractual del franquiciante por el hecho del franquiciado revisten particular complejidad e importancia por cuanto en ellos confluyen múltiples variables de necesaria consideración, ...

1. ¿RESULTA JURÍDICAMENTE PLAUSIBLE COMPROMETER LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL DEL FRANQUICIANTE POR EL HECHO DEL FRANQUICIADO EN EL RÉGIMEN COLOMBIANO?

Para empezar, es preciso advertir que en la controversia jurídica de la responsabilidad civil en el contrato de franquicia se pueden identificar, como mínimo, dos grandes planos (como en la mayoría de controversias relativas a la responsabilidad): el plano del incumplimiento contractual y los daños derivados del mismo, esto es, el plano de la responsabilidad civil contractual, y el de los perjuicios irrogados a terceros relacionados con las partes contractuales, es decir, el de la responsabilidad civil extracontractual, en donde precisamente se sitúa la responsabilidad del franquiciante ante clientes del franquiciado, por el hecho o culpa de este último; esto se debe a que la independencia comercial que mantiene el franquiciado en el desarrollo de su negocio genera que entre sus clientes y el franquiciante (con quien el franquiciado sí tiene una relación contractual de franquicia) no exista relación contractual alguna, de suerte que en el caso hipotético de responsabilidad del franquiciante ante terceros clientes del franquiciado por su hecho o culpa, la ya mencionada ausencia de vínculo contractual entre éstos hace que dicha responsabilidad se compute como extracontractual. Marzorati, autor del reconocido libro '*Franchising*', comparte este criterio, en los siguientes términos:

El consumidor no tiene relación contractual con el franquiciante y, por tanto, no puede contractualmente formularle un reclamo (...) Puesto que en el contrato de franquicia el franquiciante-fabricante no es el inmediato vendedor, su responsabilidad frente al consumidor o usuario es extracontractual. (Marzorati, 2001, p.409).

Tratándose entonces de una manifestación de responsabilidad civil extracontractual, lo que atañe al presente numeral es responder si resulta jurídicamente plausible comprometer la **responsabilidad civil extracontractual** del franquiciante por el hecho del franquiciado en el régimen colombiano o, lo que es lo mismo, si entre el franquiciante y el franquiciado es aplicable el régimen de responsabilidad por el hecho ajeno (una variante especial de la responsabilidad civil extracontractual), el cual se ajusta perfectamente a la situación planteada, en la medida en que estaríamos frente a un sujeto (franquiciante) que tiene un deber de vigilancia y control sobre otro (el franquiciado) y cuya responsabilidad eventualmente se podría ver comprometida cuando, al omitir su deber de vigilancia y control, ese otro inflige un daño a un tercero; en pocas palabras, se trata de indagar si, como lo afirma la mayoría de la doctrina, en el caso de la relación franquiciante-franquiciado aquél se encuentra sometido al régimen de *responsabilidad por el hecho de otro-franquiciado*, frente a lo cual se desarrollará una exploración a partir de tres perspectivas predominantes: a) la normativa y teoría general de la responsabilidad por el hecho del otro en Colombia; b) el Estatuto del Consumidor; c) la apariencia creada por el franquiciado al usar los signos de propiedad industrial propios del franquiciante.

a. Normativa y teoría general de la responsabilidad por el hecho del otro en Colombia

Analizando el artículo 2347 del Código Civil colombiano, en el cual se consagra la cláusula general de responsabilidad por el hecho ajeno², la doctrina ha puntualizado dos

2 El artículo 2347 del Código Civil colombiano, dispone: "ART. 2347. Toda persona es responsable, no sólo de sus propias acciones para el efecto de indemnizar el daño, sino del hecho de aquellos que estuvieren a su cuidado. Así, los padres son responsables solidariamente del hecho de los hijos menores que habiten en la misma casa. Así, el tutor o curador es responsable de la conducta del pupilo que vive bajo su dependencia y cuidado. Así, los directores de colegios y escuelas responden del hecho de los discípulos mientras están bajo su cuidado, y

particularidades conforme a las cuales debe entenderse la referida disposición: en primer lugar, y como muy bien lo explica Arturo Alessandri en su obra "*De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil*" (1987), se hace hincapié en que la denominada responsabilidad por el hecho de otro no debe leerse como un régimen de responsabilidad en el que un sujeto es condenado por una falta cometida por un tercero bajo su cuidado, sino como un régimen donde un sujeto se condena por una falta propia que le es claramente imputable: la omisión de un deber de vigilancia y control que posibilitó el que un tercero (quien estaba precisamente bajo su vigilancia y control) irrogara un perjuicio a otro; en palabras de Alessandri "... el que tiene bajo su cuidado o dependencia a una persona que cause daño, no responde del hecho de ésta sino del suyo propio, que es la falta de vigilancia que sobre ella debía ejercer..." (Alessandri, 1987, p.213); así lo reconoce también el artículo 2347 del Código Civil colombiano, cuyo último inciso advierte precisamente que si el perjuicio irrogado por el subordinado se produjo aun cuando el civilmente responsable actuó diligente y prudentemente, no se le podrá imputar a este responsabilidad alguna³; en segundo lugar, se ha dicho que los casos de responsabilidad por el hecho ajeno enunciados en el artículo 2347 del Código Civil colombiano (y que hacen referencia al caso de los padres respecto del hijo no emancipado, a los guardadores frente al pupilo, a los empresarios frente al empleado, entre otros) no constituyen una enumeración taxativa y cerrada de situaciones, sino que admiten otros casos, siempre que éstos cumplan con los presupuestos estructurales

los artesanos y empresarios, del hecho de sus aprendices o dependientes, en el mismo caso. Pero cesará la responsabilidad de tales personas, si con la autoridad y el cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe, no hubieren podido impedir el hecho" (Ley 53 de 1887, 1887, art.2347).

3 El último inciso del artículo 2347 del Código Civil colombiano prescribe: "[...] Pero cesará la responsabilidad de tales personas, si con la autoridad y el cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe, no hubieren podido impedir el hecho [...]" (Ley 53 de 1887, 1887, art.2347).

de la responsabilidad por el hecho ajeno⁴, cuales son: "... el vínculo de subordinación o dependencia de una persona en relación con otra; la obligación de ésta última (civilmente responsable) de ejercer dirección y vigilancia sobre el subordinado; y finalmente, el perjuicio inferido a alguien en virtud de la conducta culposa del subordinado..." (Tamayo, 2005, p. 136)⁵.

Ahora bien, en el caso de la franquicia comercial, si se considera la relación franquiciante-franquiciado a la luz de los anteriores presupuestos, es factible constatar cómo las obligaciones derivadas del contrato que los une conduce a que entre ellos se configuren todos los elementos necesarios para aplicar el régimen de responsabilidad por el hecho ajeno; un somero vistazo, da evidencia de ello:

- En cuanto a la relación de subordinación entre el franquiciante y el franquiciado: tal y como lo advierte Marzorati (2001), en su obra 'Franchising', se suele asociar el contrato de franquicia con la gestación de una relación de cooperación entre las partes, caracterizada particularmente por un compromiso de recíproca colaboración para la consecución de la causa contractual⁶; sin

⁴ Tamayo (2005, pp. 135-136), lo escribe en los siguientes términos: "[...] en Colombia no son taxativos los casos de responsabilidad por otro, no están limitados a los que enumeran los artículos 2347 y 2349 a manera de ejemplos (...) la sola redacción de las normas permite esa conclusión [...]"; Pérez (1968) coincide con este criterio en su obra "Teoría general de las obligaciones."

⁵ Al respecto puede también consultarse la obra del profesor Pérez (1968, p. 227) quien ahonda muy profundamente en la temática.

⁶ La propia definición de franquicia que proporciona el Código Deontológico europeo de la Franquicia así lo establece, cuando dice que la franquicia es un "[...] modelo de colaboración contractual entre dos partes jurídicamente independientes e iguales: de una parte, una empresa franquiciadora y, de otra parte, uno o varios empresarios franquiciados. Por lo que respecta a la empresa franquiciadora supone: 1º La propiedad de una razón social, de un nombre comercial, de siglas o símbolos, eventualmente una marca de fábrica, de comercio, o de servicios, así como de una técnica, sistema o procedimiento puestos a disposición de los franquiciados; 2º El control de una serie de productos o servicios, presentados de forma original y específica que deben ser obligatoriamente adoptados y utilizados por los franquiciados, basados en un

embargo, ese vínculo de cooperación debe entenderse sin perjuicio de la posición de predominio en la que se encuentra el franquiciante respecto del franquiciado, y cuya materialización más directa e inmediata es la posibilidad de control que sobre el negocio del segundo tiene el primero; en otras palabras, la cooperación característica de la franquicia se hace posible sobre la base de una relación de subordinación (y no de igualdad, como a veces se menciona) inducida por el propio sistema del franchising para garantizar que el franquiciado, bajo la orientación y control del franquiciante, pueda llevar a cabo una adecuada gestión del negocio. Como puede notarse, en este punto discrepo claramente de aquellos que afirman que la franquicia debe establecerse sobre una base de igualdad contractual entre los sujetos, en la medida en que esa igualdad se desvirtúa en el mismo momento en que se faculta al franquiciante para controlar y supervisar la tarea del franquiciado, siendo dicha facultad una prerrogativa necesaria para el adecuado funcionamiento del sistema de colaboración de la franquicia (ya que de no existir, permitiría total discrecionalidad al franquiciado en la gestión de la franquicia, quebrantando la operatividad del negocio del franquiciante e irrogándole perjuicios a este último). Marzorati, quien comparte la anterior posición, lo resume en un párrafo bastante concreto donde dice:

En el contrato de franquicia, las partes son independientes. Pero aunque la relación entre ellas es de cooperación, no se establece sobre la base de la igualdad puesto que el franquiciante tiene una posición de predominio, como hicimos notar al comentar las características del sistema. Esta posición se

conjunto de técnicas comerciales específicas que han sido experimentadas con antelación y que son continuamente desarrolladas y verificadas en cuanto a su valor y eficacia [...]" (Código Deontológico de la Franquicia, 2001). Asimismo, el que se le suela incluir como un modelo de contrato de colaboración, da fe de lo anterior.

hace evidente en el grado de supervisión que ejerce sobre la empresa del franquiciado y, en particular, sobre su contabilidad y publicidad. (Marzorati, 2001, p.393).

De allí entonces que se pueda predicar de la relación existente entre el franquiciante y el franquiciado, el cumplimiento del primer presupuesto necesario para aplicar entre ellos el régimen de responsabilidad por el hecho ajeno: la relación de subordinación entre un sujeto y otro.

- Obligación de dirección y vigilancia sobre el subordinado⁷: otro elemento evidentemente presente en la relación de franchising es el relativo a la obligación de dirección y vigilancia radicada en cabeza del franquiciante y cuyo propósito esencial es el de permitir una adecuada articulación del sistema operativo de la franquicia (obligación, que entre otras, se señala como uno de los elementos estructurales de la franquicia comercial). Frente a este punto es preciso advertir que la referida obligación de dirección y vigilancia debe entenderse en un doble sentido: además de tratarse de una obligación para el franquiciante (que implica, como es lógico, un correlativo derecho del franquiciado) es también un derecho de este último, en la medida en que lo faculta para intervenir en el negocio del franquiciado (quien está obligado a permitirlo), tomando todas las medidas que considere necesarias en aras a asegurar la consecución de la causa inmersa en el contrato⁸. En la Guía para los acuerdos de franquicia

principal internacional' elaborada por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), se hace especial énfasis en esa doble perspectiva a partir de la cual debe entenderse la vigilancia y control ejercida por el franquiciante en la gestión de su contraparte contractual⁹. Esto se debe a que la única forma de asegurar la operatividad del franchising es tomando conciencia de que el mayor provecho comercial se logrará a través de un apropiado sistema de controles fácticos y jurídicos que potencien la transmisión del know how, proporcionado correlativamente garantías para el titular de este último¹⁰.

- Perjuicio inferido a alguien en virtud de la conducta culposa del subordinado: no es mucho lo que hay que decir en torno a este último elemento estructural para constatar la posibilidad de aplicación de responsabilidad por el hecho ajeno entre el franquiciante y el franquiciado, en la medida en que el escenario en que nos estamos situando (el de la responsabilidad del franquiciante ante clientes del franquiciado por el hecho o culpa de este último) presupone el padecimiento de un perjuicio por parte de un tercero debido a la conducta culposa o dolosa del franquiciado quien, como se dijo anteriormente, asume la posición subordinada de la relación. En otras palabras, este tercer elemento es un presupuesto necesario en el escenario que se está abordando.

⁷ Es preciso advertir que se usará indiscriminadamente la expresión obligación y deber para referirse a la obligación/deber de vigilancia y control en cabeza del franquiciado; lo anterior a pesar de que un análisis jurídico de los dos términos, muestra claramente que su significado es ampliamente distinto.

⁸ Así lo advierte Celis (2004, p. 8), en su monografía de grado sobre el contrato de franquicia, donde señala que la posibilidad de control y vigilancia sobre la gestión del franquiciado es una obligación y un derecho del franquiciante; Marzorati (2001), al explicar el sistema operativo de la franquicia (en donde introduce la idea de la subordinación contractual) se encarga de hacer hincapié en el mismo punto.

⁹ En el acápite sobre 'El papel del franquiciador' la UNIDROIT hace una extensa explicación de cómo debe articularse la obligación de vigilancia y control que tiene este último respecto de la gestión del franquiciado y como parte del sistema de asistencia de las partes contractuales; posteriormente especifica los derechos de que es titular el franquiciante, mostrando precisamente que esa vigilancia y control que puede ejercer sobre el franquiciado, se manifiesta también como una prerrogativa que asegura el que no se le vayan a irrogar perjuicios por un mal uso de los manuales operativos u otras herramientas comerciales (UNIDROIT, 2004, pp. 66 y ss).

¹⁰ El desarrollo de este tema puede consultarse en la bibliografía especificada en las notas anteriores; en el presente escrito no se profundiza mucho en ella, por cuanto su estudio minucioso no corresponde al objeto planteado anteriormente.

... el que tiene bajo su cuidado o dependencia a una persona que cause daño, no responde del hecho de ésta sino del suyo propio, que es la falta de vigilancia que sobre ella debía ejercer...

Encontramos entonces que, considerando los puntos anteriormente desarrollados, de la propia estructuración operativa de la franquicia en Colombia, se sigue la articulación de todos los elementos doctrinalmente señalados como necesarios para aplicar la responsabilidad por el hecho ajeno: así como en los casos señalados por el artículo 2347 del Código Civil colombiano (que, como ya se dijo, no son taxativos), el vínculo franquiciante-franquiciado implica una posición de subordinación del segundo respecto del primero, la cual se acompaña de una obligación de vigilancia y control en el mismo sentido, conduciendo a que ante un eventual perjuicio irrogado a un tercero por el hecho o culpa del franquiciado (tercer elemento estructural que se presupone en la situación planteada), sea factible aplicar la responsabilidad por hecho ajeno, quedando comprometida la responsabilidad del franquiciante y corroborando precisamente la posición asumida por la mayoría de la doctrina en la materia: en el caso del contrato de franquicia, una interpretación del régimen de responsabilidad por el hecho del otro permite concluir que el franquiciante puede ser obligado a responder ante los clientes del franquiciado, por el hecho o culpa de este último.

b. La apariencia creada por el franquiciado

Para concluir con este acápite, y a manera de breve comentario, Marzorati (2001) menciona un último fundamento para la aplicación de la responsabilidad por el hecho ajeno en el *franchising*: la apariencia que frente al consumidor crea el franquiciado al desarrollar su objeto social usando todos los signos de

propiedad industrial del franquiciante, dando la idea de que se trata del propio franquiciante y no de un contrato de franquicia. Para el autor, la apariencia creada con la operación de la franquicia, además de la obligación de vigilar y controlar la gestión del negocio del franquiciado por parte del franquiciante, es un sustento claro e inequívoco para aplicar la responsabilidad por hecho de otro entre las partes contractuales del *franchising*, ya que de otro modo se desconocería la buena fe con que actúan los consumidores¹¹.

Como conclusión hasta este punto, encontramos entonces que en Colombia existe un triple fundamento para la aplicación de la responsabilidad por el hecho ajeno entre los sujetos del *franchising*, mostrando que es jurídicamente plausible que la responsabilidad civil extracontractual del franquiciante se vea comprometida ante los clientes del franquiciado, por el hecho o culpa de este último; la interpretación doctrinal de la cláusula general de responsabilidad por el hecho ajeno (en la medida en que la franquicia cumple con todos los requisitos para la aplicación de dicha modalidad de responsabilidad), la protección que el Estatuto del Consumidor y las normas afines brindan a este último y la apariencia creada por el franquiciado al utilizar todos los signos de propiedad industrial del otorgante de la franquicia dan un soporte sólido a la anterior idea. Partiendo de esta base, se procederá ahora a indagar algunas minucias de la forma particular en que el franquiciante puede ser responsable frente al hecho del franquiciado.

¹¹ Marzorati, lo expresa en los siguientes términos: "...el negocio de la franquicia se lleva a cabo en locales identificados con los emblemas del otorgante, y muchas veces los empleados utilizan uniformes que los hacen parecer como dependientes del franquiciante. El consumidor generalmente acude por el prestigio de la marca propiedad del franquiciante o del producto conocido y puede creer que contrata con el franquiciante y no con otra persona. Tales circunstancias de hecho pueden crear la apariencia de que quien presta el servicio es el otorgante de la franquicia (...) tal apariencia puede engendrar la responsabilidad de este frente al consumidor en caso de daño..." (Marzorati, 2001, p. 409).

2. DOS RASGOS PARTICULARES DE LA RESPONSABILIDAD DEL FRANQUICIANTE POR EL HECHO DEL FRANQUICIADO: ES LA REGLA GENERAL EN EL CONTRATO DE FRANQUICIA Y SE TRATA DE UNA RESPONSABILIDAD SUBJETIVA EN LA MODALIDAD DE CULPA PRESUNTA

El propio fundamento a partir del cual se deriva la responsabilidad del franquiciante ante los clientes del franquiciado por el hecho o culpa de este último nos lleva a distinguir dos rasgos característicos de la misma, a saber:

En primer lugar, es preciso advertir que en el caso colombiano la aplicación de la responsabilidad por el hecho ajeno entre las partes contractuales de la franquicia, es *la regla general para todos los contratos de franquicia* y no una situación excepcional de algunos contratos de franquicia¹²; esto se debe precisamente a que la *regla general* es que las relaciones jurídicas derivadas del *franchising* comercial cumplan con los presupuestos estructurales de la responsabilidad por el hecho del otro, es decir, impliquen relaciones de subordinación del franquiciado respecto del franquiciante así como una obligación de vigilancia y control radicada en cabeza de este último, de tal suerte que los que serán excepcionales son los casos de sistemas de franquicia que no cumplan con susodichos presupuestos y que, consecuentemente, no impliquen la aplicación entre las partes de la responsabilidad por el hecho ajeno. En este punto difiere el caso colombiano de algunos otros ordenamientos del mundo en donde la responsabilidad del franquiciante ante clientes del franquiciado es sólo una situación excepcional propia de algunas pocas modalidades

de franquicia, lo cual se debe a que en esos ordenamientos el fundamento radica en normas excepcionales de protección al consumidor y no en instituciones de la envergadura de la responsabilidad por el hecho ajeno¹³.

Por otro lado, tratándose de un caso que cumple con los presupuestos estructurales de la responsabilidad civil por el hecho de otro, la responsabilidad del franquiciante ante los clientes del franquiciado por la culpa de este último, debe entenderse como un exponente más del régimen de responsabilidad estatuido por el artículo 2347 del Código Civil colombiano¹⁴ (precisamente por cumplir con los presupuestos estructurales del mismo) y, consecuentemente, como un caso que tiene las mismas características que aquellas que particularizan los demás casos de responsabilidad por el hecho ajeno, especialmente el que se trate de un régimen de responsabilidad subjetiva pero bajo la modalidad de la culpa presunta. En cuanto a lo primero (responsabilidad subjetiva), es claro que para comprometer la responsabilidad del franquiciante por el hecho del franquiciado es necesario que hubiese mediado culpa de aquél en la omisión de su deber de vigilancia y control sobre el franquiciado, permitiendo con ello la irrogación de un

¹² Esta precisión se hace por cuanto múltiples autores, así como la UNIDROIT en el análisis de la aplicación de la franquicia en otros ordenamientos jurídicos, afirman que en la franquicia la responsabilidad del franquiciante por el hecho del franquiciado es sólo un caso excepcional.

¹³ En la 'Guía para los acuerdos de franquicia principal internacional' la UNIDROIT (2004, p.168), muestra cómo en algunos países del mundo, en donde el fundamento jurídico para la aplicación de la responsabilidad del franquiciante por los hechos del franquiciado no es el de la responsabilidad por el hecho ajeno, la regla general es que susodicho caso de responsabilidad no se de, siendo ésta una situación excepcional de algunas modalidades especiales de contratos de franquicia. Sin embargo, si se observa el fundamento colombiano para que el franquiciador pueda ser condenado por el hecho del franquiciado, resulta claro que la regla general es que esa situación se presente, en la medida en que la regla general de los contratos de franquicia es que presenten los presupuestos estructurales necesarios para susodicha responsabilidad por hecho ajeno.

¹⁴ Tal y como se demostró en el numeral primero del presente escrito, la lista de casos de responsabilidad por el hecho ajeno estatuida en el artículo 2347 del Código Civil Colombiano no es taxativa, por lo que admite otros casos siempre que éstos cumplan con los presupuestos estructurales para dar cabida a un régimen tan particular de responsabilidad; la relación franquiciante-franquiciado cumple con susodichos presupuestos, y es por eso que puede señalarse como un exponente de responsabilidad por el hecho ajeno.

perjuicio a un tercero, quien ahora reclama la correspondiente indemnización; en otras palabras, si la omisión del deber de vigilancia por parte del otorgante de la franquicia no fue una omisión culposa¹⁵ no se le podrá imputar responsabilidad alguna. Adicionalmente, se trata de una responsabilidad subjetiva pero en la modalidad de la *culpa presunta*, lo que quiere decir que el ordenamiento jurídico *presume* (en una presunción de hecho, como se verá en el numeral subsiguiente) la culpa del franquiciante en la omisión de su deber de vigilancia y, como dice el ya citado autor Alberto Tamayo Lombana, con ello presume su responsabilidad. En este punto es necesario hacer una precisión fundamental: la culpa que se presume (y a la cual se está haciendo referencia en el presente escrito) es la del franquiciante en la omisión de su deber de vigilancia y control (lo que la doctrina ha denominado como *culpa in vigilando*), *no* la del franquiciado en el perjuicio que irrogó al tercero-cliente con su actuar, la cual, salvo casos excepcionales, deberá ser probada por quien exige la indemnización, en aras a demostrar que efectivamente tiene derecho a la misma.

Ahora bien, cabría preguntar cuál es el fundamento para que se afirme que la responsabilidad del franquiciante por el hecho del franquiciado es subjetiva y, adicionalmente, que en ella se presume la culpa. La respuesta a este interrogante estriba en una consideración elemental, y es que no debe perderse nunca de vista que en la relación franquiciante-franquiciado se cumplen los presupuestos estructurales de la responsabilidad por el hecho ajeno (como se demostró en el primer numeral del presente documento), lo que transforma a dicha relación en una exponente clara de este tipo de responsabilidad y, como es

de suponerse, en un caso que comparte los rasgos característicos de los demás ejemplares de la misma, entre los que se encuentra precisamente el que se trate de un régimen de responsabilidad por culpa presunta. Así lo manifiesta Tamayo (2005), con fundamento en autores como Malinvaud (1990) y Jacob y Le Tourneau (1972)¹⁶; en palabras del autor:

Si en el derecho común de la responsabilidad es necesario probar la culpa del demandado, según se ha visto, en este régimen (el de responsabilidad por el hecho ajeno) se presume la culpa. Es una presunción que pesa sobre el civilmente responsable y que da lugar por lo tanto a una situación favorable para la víctima. (Tamayo, 2005, p.135).

De manera entonces que la presunción de culpa que pesa sobre el franquiciante en cuanto a la omisión de su deber de vigilancia y control sobre el franquiciado (la cual, a su vez, compromete la responsabilidad del primero ante los clientes del segundo, por su hecho o culpa) no es más que una consecuencia lógica de que entre ellos sea aplicable el régimen de responsabilidad por el hecho ajeno, cuya característica distintiva es que se trata de un régimen de responsabilidad subjetiva y bajo el esquema de la culpa presunta, tal y como en múltiples ocasiones se ha reconocido tanto por la doctrina como por la jurisprudencia. Adicionalmente, es también una particularidad que favorece la posición de la víctima, facilitándole la obtención de la indemnización ya sea de parte de quien le irrogó directamente el perjuicio o del que omitió la obligación

¹⁵ Es importante aclarar que en este escrito se está acogiendo la tesis esgrimida por Tamayo (2005, pp. 79 y ss.), en su obra '*La responsabilidad civil extracontractual y la contractual*', en cuanto a que en derecho civil se utiliza una noción genérica de culpa que incluye la culpa en el sentido estricto del término y, adicionalmente, el dolo.

¹⁶ Es importante anotar que la idea de la culpa presunta en la responsabilidad por el hecho ajeno ha sido reiterada por la doctrina en múltiples ocasiones; para citar algunos casos donde puede encontrarse dicha consideración, el lector puede considerar la obra del profesor Malinvaud, (1990, p. 227); En Jacob y Le Tourneau (1972, p. 1145); también en la obra de Arturo Alessandri (1987, p. 176). En la obra de los profesores Flour y Aubert (1967, pp. 692-698); asimismo, existen casos jurisprudenciales en los que se ha hecho mención a la referida particularidad de la culpa presunta en las situaciones de responsabilidad por el hecho ajeno, descritos por el profesor Tamayo (2005, pp. 135 y ss.).

de vigilancia que le asistía (culpa *in vigilando*) permitiendo que el subordinado ocasionara la lesión; esta perspectiva de favorecimiento a la víctima es completamente coherente con la protección del consumidor y de la parte débil en las relaciones jurídicas, de suerte que se erige también como una perspectiva claramente plausible para aplicar la presunción de culpa del franquiciante, tal y como se verá en un numeral posterior¹⁷.

3. LOS DIFERENTES MATICES DE LA RESPONSABILIDAD DEL FRANQUICIANTE POR EL HECHO DEL FRANQUICIADO: JERARQUÍA NORMATIVA EN LOS CONTRATOS ATÍPICOS Y MODALIDADES PARTICULARES DE FRANQUICIA

Las ideas expuestas en los numerales anteriores constituyen lo que podríamos denominar como las *reglas generales* en materia de responsabilidad del franquiciante ante los clientes del franquiciado por el hecho o culpa de este último; sin embargo, esas reglas generales, como su propio nombre lo indica, pueden verse matizadas por algunas modificaciones o particularidades excepcionales, introducidas por la jerarquía normativa a la que se encuentra sujeto el contrato de franquicia como un contrato atípico en segundo orden, o por ciertas modalidades de franquicia que demandan de una especial aplicación. Pues bien, en el presente numeral se indagará precisamente por esos matices que en uno u otro sentido podrían alterar las reglas generales expuestas

¹⁷ Hay autores que señalan otros fundamentos para la aplicación de la culpa presunta; algunos, como Tamayo (2005, pp. 37 y 135) afirman que la obligación de cuidado y vigilancia es una obligación de resultados cuya omisión genera que se presuma la culpa. Marzorati (2001, p. 408) dice también que en algunos casos se entendió el tema de la presunción de culpa entre el franquiciante y el franquiciado, como una suerte de sanción al primero por no haber sido lo suficientemente diligente en el cumplimiento de su labor, sin embargo el autor critica ampliamente esta perspectiva.

En primer lugar, es preciso advertir que en el caso colombiano la aplicación de la responsabilidad por el hecho ajeno entre las partes contractuales de la franquicia, es *la regla general para todos los contratos de franquicia* y no una situación excepcional de algunos contratos de franquicia

a lo largo del presente ensayo y cuya comprensión es vital para evitar incurrir en errores dentro del análisis de la temática.

En primer lugar, y tal y como lo advierte Jaime Arrubla Paucar en el tercer tomo de su obra "*Contratos mercantiles*", habría que considerar para cada caso de franquicia en particular las eventuales modificaciones introducidas por fuentes normativas de superior jerarquía¹⁸ en materia de contratos atípicos de segundo orden¹⁹; según expone el autor, siempre que el operador jurídico se sitúe frente a un caso en el que se encuentra involucrado un contrato comercial atípico (en segundo orden) como lo es la franquicia, debe considerar por encima de las reglas generales derivadas de la teoría de las obligaciones y los contratos, de la analogía con la ley comercial y la ley en general y de la costumbre mercantil nacional e internacional, lo que las partes hayan estipulado en el contrato, teniendo dichas estipulaciones carácter prioritario sobre cualquier otro tipo

¹⁸ En "*Contratos mercantiles*" Arrubla (2003, pp. 38-43), desarrolla con extremo cuidado la jerarquía que, conforme a la jurisprudencia, la doctrina y las posibilidades normativas, debe observarse al momento de encontrar regulaciones para contratos atípicos de segundo orden; el autor sostiene que el orden de jerarquía apropiado en esta materia es: a) las estipulaciones contractuales; b) la teoría general de las obligaciones y los contratos; c) la analogía con la ley mercantil (ante lo cual el autor desarrolla una pequeña controversia por cuanto considera que debería primero incluirse la costumbre mercantil, antes de recurrir a la analogía); d) la costumbre mercantil local; e) los tratados y convenciones mercantiles no ratificados por Colombia; f) la costumbre mercantil internacional; g) los principios generales del derecho comercial; h) la analogía general.

¹⁹ La expresión *contratos atípicos de segundo orden* fue desarrollada en la primera parte de la presente investigación, por lo que su uso no requiere ninguna nueva explicación.

de regulación, siempre y cuando, claro está, con ellas no se transgredan las normas imperativas, el orden público y las buenas costumbres²⁰; así lo establece al artículo 4° del Código de Comercio, en cuyos términos "... las estipulaciones de los contratos válidamente celebrados preferirán a las normas legales supletivas (las cuales no existen en el caso de contratos atípicos) y a las costumbres mercantiles ..." (Código de Comercio, art.4). En otras palabras, antes de considerar los rasgos anteriormente expuestos en torno a la responsabilidad del franquiciante por el hecho del franquiciado, los cuales se derivan precisamente de la teoría general de las obligaciones, la costumbre mercantil, los tratados y guías internacionales, entre otros, el operador jurídico debe evaluar lo que las partes convencionalmente estipularon (remitiéndose, para ello, al contrato de franquicia entre ellas celebrado) con el objeto de descartar modificaciones que estas últimas hubieren efectuado al régimen general de responsabilidad por el hecho ajeno predicable de la relación franquiciante-franquiciado; concretamente debe verificarse que los contratantes no hubiesen introducido lo que la UNIDROIT denomina *cláusulas de renuncia a la responsabilidad del franquiciante*, y cuyo efecto inmediato es el de eliminar toda forma de responsabilidad por el hecho ajeno en la relación franquiciante-franquiciado. Estas cláusulas de renuncia pueden figurar o bien, en el propio contrato de franquicia, cuando el franquiciado asume total responsabilidad por los perjuicios irrogados a sus clientes, exonerando al franquiciante de resarcir cualquier daño padecido por éstos últimos, salvo que susodicho daño se hubiera hecho posible por una omisión dolo-

²⁰ En términos de Arrubla "... las estipulaciones de los contratantes son verdaderas reglas de derecho comercial. Se encuentran subordinadas por las normas de carácter imperativo, pero se aplican antes de las normas dispositivas o supletivas. Las partes contratantes, en ejercicio de su autonomía privada, ejercen potestad normativa para regular sus intereses privados. En la contratación atípica, por no existir normas dispositivas o supletivas, la disposición contractual adquiere especial significado y debe procurar ser previsor de todas las circunstancias que interesen a las partes, como efecto del contrato..." (2003, p. 39).

sa o gravemente culposa de la obligación de vigilancia y control radicada en su cabeza (en la medida en que la responsabilidad por culpa grave y por dolo no son renunciables, por así proscribirlo el artículo 1522 del Código Civil colombiano²¹), o puede figurar también en los contratos celebrados entre el franquiciado y sus clientes, donde éstos renuncian a ejercer cualquier reclamación indemnizatoria en contra del franquiciante²². En cualquier caso, el otorgante de la franquicia quedaría exonerado de la responsabilidad por el hecho del franquiciado, primando la estipulación contractual por tratarse de un contrato atípico en segundo orden.

Además de las estipulaciones contractuales, habría que evaluar también el ámbito geográfico de aplicación de la relación de franquicia comercial, en la medida en que si se trata de un contrato de franquicia internacional, es decir, con aplicación en otros países del mundo, sería necesario que los operadores jurídicos entraran a considerar los matices que, en materia de responsabilidad del franquiciante por el hecho del franquiciado, pueden introducir regulaciones normativas particulares de los lugares en los que se desarrollará la franquicia; en pocas palabras, si se trata de una franquicia internacional es ineludible evaluar todos los criterios expuestos anteriormente (y cuyo enfoque es el caso colombiano) a la luz de la normativa existente en los países donde se aplicará la franquicia, y de cuya consagración puede afectarse el régimen de responsabilidad por el hecho ajeno entre franquiciante y franquiciado. Marzorati expone en términos

²¹ El artículo 1522 del Código Civil colombiano prescribe: "Art.1522. El pacto de no pedir más en razón de una cuenta aprobada, no vale en cuanto al dolo contenido en ella, si no se ha condonado expresamente. La condonación de dolo futuro no vale" (Ley 57 de 1887, 1887, art.1522). Ahora bien, como el artículo 63 del mismo código asimila la culpa grave al dolo, la doctrina ha dicho con unanimidad que la culpa grave futura tampoco puede condonarse, por lo que cualquier cláusula de renuncia o exoneración de responsabilidad por culpa grave o dolo es inválida.

²² Para mayor información en torno a las cláusulas de renuncia a la responsabilidad puede consultarse la guía de la UNIDROIT (2004, pp. 214-215) en el capítulo correspondiente.

muy concretos la anterior idea; en palabras del autor:

(l)as leyes que regulan la responsabilidad por productos defectuosos, los seguros, garantías y otros aspectos similares, pueden ser los aspectos legales más importantes de una operación de franquicia. Un conocimiento de tales leyes en el país donde se establecerá la franquicia es de suma importancia para un franquiciante extranjero. (Marzorati, 2001, p.407).

Otro importante matiz de necesaria consideración en materia de responsabilidad por hecho ajeno en la relación franquiciante-franquiciado versa en torno a la posibilidad de que confluyan otras manifestaciones excepcionales de responsabilidad civil extracontractual dentro del desarrollo propio del *franchising*²³, como sería el desempeño de actividades riesgosas por parte del franquiciado (lo cual haría pesar una presunción de culpa en su contra, en los términos prescritos por el artículo 2356 del Código Civil colombiano) o la irrogación de perjuicios por actividades de construcción sobre las cuales verse la franquicia. En cualquier caso, habría que considerar cada situación en particular de conformidad con las normas que regulan las referidas manifestaciones excepcionales de responsabilidad para determinar la forma como afecta a los sujetos contractuales de la franquicia y, con ello, establecer si efectivamente genera un efecto práctico

²³ Como advierte Tamayo (2005), en su obra, además del régimen general de responsabilidad civil extracontractual basado en la culpa probada y consagrado en el artículo 2341 del Código Civil colombiano, existen ciertas situaciones o casos de responsabilidad a los que el legislador les dio un trato especial y diferenciado, como es precisamente el caso de la responsabilidad por el hecho ajeno, por la ruina en las construcciones, por los daños ocasionados por objetos que caen desde un edificio, por los vicios de construcción, por perjuicios irrogados por animales bravíos y domésticos, entre otros. Por esa razón, habría que estudiar si junto a la responsabilidad del franquiciante por el hecho del franquiciado, se presentan otros casos excepcionales como los previstos anteriormente, de manera que de ser así, se pueda proceder a evaluar qué efectos prácticos tendría la concurrencia de regímenes y cómo deberían entonces dirigirse las acciones.

sobre la responsabilidad del franquiciante por el hecho del franquiciado, precaviendo también qué resultaría más aconsejable para el cliente perjudicado, de manera que dirija su reclamación apropiadamente. A modo de ejemplo, podrían presentarse las siguientes situaciones:

- Que el perjuicio irrogado a los clientes del franquiciado obedezca al desarrollo de una actividad riesgosa o peligrosa de parte de este último, y cuya ejecución haga parte del sistema operativo de la franquicia: en tal caso no solamente se presumiría la culpa del franquiciante en la omisión de su deber de vigilancia y control por aplicación del régimen de responsabilidad por hecho ajeno, sino que se presumiría también la culpa del franquiciado en la irrogación del perjuicio a su cliente, al desarrollar una actividad que implicaba un peligro potencial y en los términos prescritos por el artículo 2356 del Código Civil colombiano²⁴; ello llevaría a que la víctima contara con la ventaja de una doble presunción, lo que le facilitaría el ejercicio de la acción.
- Que el perjuicio irrogado a los clientes del franquiciado provenga del vicio de una construcción hecha con ocasión de la actividad propia de la franquicia: los vicios de construcción constituirían otro régimen particular de responsabilidad

²⁴ Debe advertirse que la perspectiva a partir de la cual aquí se analiza el régimen de responsabilidad por actividades peligrosas consagrado en el artículo 2356 del Código Civil colombiano, esta sujeta a un amplio debate doctrinal que hoy en día se mantiene en cuanto a la forma adecuada de entender el referido artículo y, junto a él, el tema de la responsabilidad por el desarrollo de actividades riesgosas. Desde su propia incorporación por vía jurisprudencial gracias a la interpretación que del artículo 2356 hizo la Corte Suprema de Justicia en 1935, se ha discutido si debe entenderse como una forma de responsabilidad objetiva, o subjetiva por la vía de la culpa presunta. Según Tamayo, la tesis acogida hoy en día por la jurisprudencia es la de la culpa presunta según dejó dicho en sentencia de casación del 22 de febrero de 1995, y es por eso que, en gracia de brevedad, se presenta como la tesis regente para el presente trabajo, sin embargo, se reitera que existe un debate muy fuerte en torno a la disposición, cuya consideración no atañe al presente escrito (Tamayo, 2005, p.167 y ss).

extracontractual en el que podría verse envuelto el franquiciado y que acarrearía matices especiales al momento de ejercer eventuales reclamaciones indemnizatorias por parte de los clientes. En tal caso habría que estudiar lo prescrito por los artículos 2351 y 2060 del Código Civil colombiano, los cuales estatuyen lo relativo a esta forma particular de responsabilidad, claro está, evaluando primero la existencia de eventuales estipulaciones contractuales que lleven a situaciones excepcionales dentro del caso sub-examine²⁵.

Para concluir, algunos autores afirman que además de las estipulaciones contractuales, el ámbito geográfico de aplicación del *franchising* y la concurrencia con otros regímenes excepcionales, la responsabilidad del franquiciante ante los clientes del franquiciado por el hecho o culpa de este último podría verse matizada también según la modalidad de franquicia frente a la cual se esté²⁶; sin embargo, y dado el fundamento a partir del cual resulta aplicable la responsabilidad por el hecho ajeno en el caso de la franquicia comercial en Colombia (que, como se ha reiterado, radica en que la franquicia cumple con todos los presupuestos estructurales de la responsabilidad por el hecho ajeno), resulta claro que ésta podrá predicarse de la relación franquiciante-franquiciado, independientemente de si se trata de una franquicia industrial²⁷, de distribución²⁸ o de

servicios²⁹; en cualquier caso, si el franquiciante incumple culposamente su obligación de vigilancia y control respecto de la tarea del franquiciado, ya sea que se trate de la prestación de un servicio, la fabricación de un producto o la comercialización de este, permitiendo que se irrogue un perjuicio a un tercero, podrá ser condenado a resarcir los perjuicios correspondientes³⁰.

Donde sí se podrían distinguir algunos matices particulares es en el caso de franquicias de otorgación indirecta, particularmente en el caso de la *franquicia principal*, que no es más que una modalidad especial de franquicia en la que "... el franquiciador otorga a otra persona, el sub-franquiciador, el derecho, que en la mayoría de los casos será exclusivo, a otorgar franquicias a sub-franquiciados dentro de un cierto territorio, como lo podría ser un país y/o a abrir por sí establecimientos de franquicia..." (UNIDROIT, 2004, p. 2); esta modalidad, que involucra un número mayor de sujetos contractuales dentro de la relación de *franchising*, implicaría una ampliación de la responsabilidad por el hecho ajeno, en la medida en que no estaríamos ya en una mera relación franquiciante-franquiciado, sino en una compleja vinculación del franquiciante con los sub-franquiciantes y, al mismo tiempo, de éstos con los sub-franquiciados, de suerte que la responsabilidad de los sub-franquiciantes, y eventualmente del franquiciante, podría verse comprometida ante los clientes de los sub-franquiciados, por el hecho o culpa de estos últimos. En otras palabras, la existencia de un número mayor de

²⁵ La obra del profesor Tamayo (2005, p. 181) ilustra con meridiana claridad la materia.

²⁶ Existen múltiples modalidades de franquicia, o mejor, múltiples clasificaciones que se han hecho del contrato de franquicia; sin embargo, para el presente trabajo se hará énfasis en aquellas que han sido tradicionalmente señaladas como modalidades particulares que pueden afectar las reglas generales en materia de responsabilidad del franquiciante por el hecho del franquiciado.

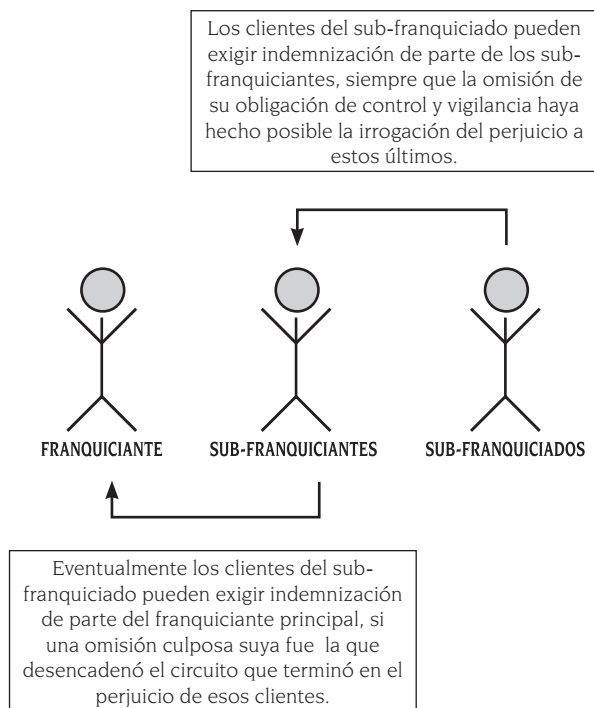
²⁷ Celis define la franquicia industrial como aquella en que "... franquiciador productor entrega al franquiciado de la misma calidad, todos los elementos necesarios para la fabricación de un bien..." (Celis, 2004, p.10).

²⁸ "...Bajo esta modalidad, el empresario franquiciador otorga al empresario franquiciado la distribución o comercialización exclusiva de sus productos, a través de establecimientos comerciales montados y operados de forma uniforme y homogénea a los del otorgante..." (Celis, 2004, p.10).

²⁹ "...Es una modalidad muy similar a la franquicia de distribución, pero cuyo objeto corresponde a la prestación de servicios. Es aquella "en virtud del cual el franquiciado ofrece un servicio bajo el rótulo y el nombre comercial, o la marca, de franquiciador, conformándose a las directivas de este último..." (Celis, 2004, p.10).

³⁰ Existen otras múltiples clasificaciones de la franquicia, como el caso de la franquicia *corner*, franquicia *shop in the shop*, franquicia de formato comercial y otras hechas a partir de criterios doctrinales. Sin embargo su consideración no atañe al presente escrito, por cuanto no inciden directamente en el tema de responsabilidad por el hecho ajeno (Celis, 2004, pp. 10 y ss.).

sujetos contractuales implicaría la ampliación del espectro de responsabilidad por el hecho ajeno, de forma que los clientes de los sub-franquiciados podrían reclamar una indemnización de parte del sub-franquiciante, siempre que este hubiera hecho posible la irrogación del perjuicio cuyo resarcimiento se pretende al omitir culposamente su obligación de cuidado y vigilancia respecto de los sub-franquiciados; asimismo, esos clientes podrían eventualmente alegar la responsabilidad del franquiciante principal, si fue una omisión de este último la que llevó a la actuación culposa del sub-franquiciante y, con ello, al perjuicio de los clientes del sub-franquiciado. Así lo explica la UNIDROIT en la 'Guía para los acuerdos de franquicia principal internacional'³¹, siguiendo un esquema como el que se presenta a continuación:



³¹ En la 'Guía para los acuerdos de franquicia principal internacional', la UNIDROIT (2005, pp. 167-169) se ocupa de explicar a profundidad cómo se aplicaría el esquema de responsabilidad por el hecho ajeno en los contratos de franquicia principal, en la medida en que la pluralidad de sujetos contractuales en ese caso, hacen que el circuito no sea tan simple como el de la mera vinculación entre franquiciante y franquiciado.

De todo lo anterior se sigue entonces que la responsabilidad del franquiciante ante los clientes del franquiciado por el hecho o culpa de este último, a pesar de ser aplicable por regla general en todos los contratos de franquicia comercial en Colombia, admite algunos matices excepcionales de necesaria consideración con el objeto de caracterizar apropiadamente cada relación de *franchising* en particular; esos matices pueden verse dados, principalmente, por las estipulaciones contractuales de las partes, por normas específicas de países donde se vaya a aplicar la franquicia (si se trata de una franquicia internacional) o por algunas modalidades contractuales especiales, concretamente la de contratos de franquicia principal o *master franchise*, la cual implica la vinculación de un número mayor de sujetos y, consecuentemente, amplía el espectro de responsabilidad por el hecho ajeno predicable del *franchising*.

4. SUGERENCIAS PRÁCTICAS

Mal haría en terminar el presente ensayo sin plantear algunas alternativas de que dispone el franquiciante para precaver eventuales reclamaciones indemnizatorias de parte de los clientes del franquiciado, como consecuencia del régimen de responsabilidad por el hecho ajeno que es aplicable en la relación de *franchising* comercial. Para tal efecto, retomaré dos estrategias propuestas por la UNIDROIT, que tienen plena eficacia en el ordenamiento jurídico colombiano y que coinciden con los razonamientos anteriormente planteados³².

³² En este punto, es importante hacer dos precisiones fundamentales: en primer lugar, es claro que el presente ensayo no pretende agotar todas las eventuales estrategias jurídicas que se podrían adoptar para favorecer la condición del franquiciante, el franquiciado y sus clientes... simplemente se trata de incluir dos alternativas muy plausibles, para dar unas luces en la materia, pero sin pretender en ningún momento ser exhaustivos. Por otro lado, la UNIDROIT (2005, pp. 172 y ss.) trae una explicación muy completa de las dos alternativas de solución que serán planteadas en el presente ensayo, por lo que resulta pertinente remitirse a ellas para profundizar en el tema.

a. Las cláusulas de exoneración de responsabilidad³³

Tal y como se advertía en el tercer numeral del presente documento, en materia de contratos mercantiles y especialmente, de contratos mercantiles atípicos (en segundo orden) como lo es la franquicia comercial, las estipulaciones contractuales revisten especial importancia y jerarquía dentro de las eventuales regulaciones a las que podrían verse sometidos, en consonancia además con lo dispuesto por el artículo cuarto del Código de Comercio colombiano. En ese sentido, una estrategia que podría adoptar el franquiciante para precaver eventuales reclamaciones indemnizatorias de parte de los clientes del franquiciado radicaría en pactar una estipulación contractual exoneratoria de toda responsabilidad por hecho ajeno en la relación franquiciante-franquiciado. Con ello, y dada la primacía de las cláusulas contractuales en el sistema de contratos mercantiles atípicos (y contratos mercantiles en general), el otorgante de la franquicia podría evitar el que su responsabilidad se comprometiera por la actuación imprudente del franquiciado, permitiéndose así un grado mayor de tranquilidad. Ahora bien, sobre estas cláusulas exoneratorias, es necesario reiterar dos comentarios hechos ya en los numerales precedentes: en primer lugar, se trata de cláusulas que pueden figurar o bien, en el contrato de franquicia directamente, donde el franquiciado exonera de responsabilidad al franquiciante, o en los contratos celebrados entre el franquiciado y sus clientes, en donde éstos renuncien a eventuales reclamaciones indemnizatorias en contra del franquiciante; por otro lado, es preciso anotar que las cláusulas de

³³ Lo relativo a las cláusulas de exoneración o renuncia de responsabilidad, se encuentra ampliamente desarrollado en el cuarto numeral del presente escrito, por cuanto constituyen precisamente uno de los matices conforme a los cuales deben evaluarse las reglas generales anteriormente planteadas en materia de responsabilidad por el hecho ajeno en la relación franquiciante-franquiciado. Para más información al respecto, remitirse al referido numeral, en donde también se encuentra la bibliografía pertinente.

renuncia solamente pueden exonerar al franquiciante hasta por su culpa leve, mas no lo exoneran de responsabilidad por culpa grave o dolo, por así proscribirlo el artículo 1522 del Código Civil colombiano.

b. Suscripción de pólizas de seguro

La otra alternativa, que muy bien describe la UNIDROIT en la “*Guía para los acuerdos de franquicia principal internacional*”, es el otorgamiento de una póliza de seguro en favor del franquiciante, que lo cubra ante eventuales reclamaciones indemnizatorias de parte de los clientes del franquiciado por el hecho o culpa de este último. La obligación de constituir dicha póliza podría recaer sobre el franquiciado quien en ese caso deberá en adelante pagar las primas correspondientes (salvo estipulación en contrario) o, para evitar que el negocio no tenga éxito por la excesiva onerosidad que implicaría tal obligación para el franquiciado, puede ser suscrita por el propio franquiciante que, precaviendo el impacto patrimonial que un proceso de responsabilidad civil extracontractual acarrearía, opte por tomar el seguro por su cuenta. Otra opción, de permitirlo la aseguradora, radicaría en ampliar las pólizas de seguro contra responsabilidad civil extracontractual suscritas por el franquiciado, de manera que beneficiaran también al franquiciante y sus dependientes; sea cual sea la alternativa escogida, lo importante es que el otorgante de la franquicia cuente con la garantía de un seguro ante una eventual reclamación indemnizatoria proveniente de un cliente del franquiciado por aplicación del régimen de responsabilidad por el hecho ajeno, que resulta predicable de la operación de *franchising*³⁴.

³⁴ La UNIDROIT (2005, p. 172), hace una explicación muy profunda de la forma en que pueden constituirse pólizas de seguro de responsabilidad civil entre las partes de la franquicia, para evitar que las reclamaciones indemnizatorias afecten patrimonialmente al franquiciante o al franquiciado. Lo que atañe al presente escrito es enfatizar que una de las posibilidades con que cuenta el otorgante de la franquicia para evitar detrimientos patrimoniales por reclamaciones indemnizatorias de los clientes del franquiciado, es la suscripción de pólizas de seguro que lo cubran contra tales riesgos. “... Los riesgos de

Para finalizar se presentan algunas otras sugerencias prácticas de importante consideración en lo relativo a la responsabilidad del franquiciante ante los clientes del franquiciado por el hecho o culpa de este último:

- En primer lugar, las partes contractuales deben especificar en el contrato de franquicia si existe en cabeza del franquiciado, obligación de informar al franquiciante sobre cualquier

... reclamación de responsabilidad presentada, de cualquier pleito legal, procedimiento, petición administrativa u otra investigación iniciada, al igual que de la emisión de cualquier orden, interdicto, fallo o decreto de cualquier tribunal, agencia u otra institución, según la cual esa otra parte, sus ejecutivos o funcionarios, se afirma que son culpables o por la que podrían resultar afectado. (UNIDROIT, 2005, p.170).

- Asimismo, es importante que las partes contractuales especifiquen si ante una eventual reclamación indemnizatoria realizada al franquiciante por vía judicial y proveniente de los clientes del franquiciado, es este quien debe asumir la defensa jurídica del demandado y/o correr con las costas procesales y las agencias en derecho a que hubiere lugar, tratándose de una demanda instaurada por una lesión infringida, en una primera medida, por el propio franquiciante³⁵.

responsabilidad y las obligaciones de indemnización discutidos antes en las Secciones A y B llevan naturalmente a una consideración acerca de soluciones posibles al problema de garantizar que los pagos se obtengan también en el caso de que la parte responsable carezca de fondos para pagar las cantidades implicadas (el cual podría fácilmente ser el caso de un sub-franquiciado). Un seguro de responsabilidad civil podría ser la solución más adecuada a este problema ..."

³⁵ La UNIDROIT (2005, p. 171) lo especifica en los siguientes términos (enfocados, claro está, al acuerdo de franquicia principal internacional, pero aplicables por vía general al caso de la franquicia comercial): "...Es conveniente que en el contrato de sub-franquicia se establezcan reglas especificando cuándo el franquiciador o el sub-franquiciador está facultado, o bajo qué circunstancias cualquiera de ellos está obligado, a acometer o a asumir la defensa de cualquier reclamación de responsabilidad, acción, petición o investigación, a riesgo y gasto de quién debería asumirse tal defensa y las condiciones bajo las que podría hacerse un acuerdo. Con frecuencia, será

- Por último, en el caso del cliente perjudicado, es evidente que de resultar procedente el dirigir la acción indemnizatoria en contra del franquiciado o del franquiciante (por aplicación del aquí estudiado régimen de responsabilidad por el hecho ajeno), es aconsejable que este ejerza la reclamación en contra de quien tenga un patrimonio más prolífero para efectos de reparación, evaluando simultáneamente sus posibilidades de éxito respecto de cada sujeto (no sería idóneo, por ejemplo, que ejerciera la reclamación en contra del franquiciante –a pesar del mayor patrimonio de este último– si de antemano sabe que este podrá demostrar ausencia de culpa en su conducta o cumplimiento oportuno de su deber de vigilancia y control, saliendo victorioso del proceso judicial e implicando costas para el demandante) y los matices propios de la vía procesal que escoja.

Terminando este último punto, neurálgico en la medida en que permite plantear alternativas jurídicas de precaución para cada una de las partes que podrían eventualmente verse afectadas por la responsabilidad por el hecho ajeno aplicable en la relación franquiciante-franquiciado, podemos proceder a presentar las principales conclusiones que se derivan de todo el análisis precedente.

la parte en cuyo país se plantea la acción quien asumirá la defensa principal, siempre proveyendo a la otra de información detallada en el curso de los procedimientos, pero en el análisis final dependerá de sobre quién recaiga en última instancia la responsabilidad, pues esa persona probablemente querrá tener el derecho de asumir la defensa principal. El franquiciador está usualmente facultado para elegir si él mismo debería o no asumir la defensa frente a la reclamación del tercero, siempre con tal que esto esté permitido por las leyes procesales del país anfitrión. Por lo que respecta a los derechos de propiedad intelectual del franquiciador, la situación variará de país en país. En algunas jurisdicciones es sólo el dueño, el franquiciador en este caso, quien tiene el derecho de asumir su defensa, mientras en otras es posible para un licenciario exclusivo, como el sub-franquiciador, hacerlo. Cuando es la forma en que el sub-franquiciador lleva su negocio la causa de la necesidad de tal defensa, es natural que sea el subfranquiciador quien soporte las costas y gastos de la defensa. Quienquiera que asuma la defensa, el consentimiento previo por escrito del otro es normalmente necesario antes de que pueda realizarse un acuerdo ..."

5. CONCLUSIONES

Considerando los puntos anteriormente expuestos, resulta evidente la profundidad y complejidad que ofrece el tema de la responsabilidad del franquiciante ante los clientes del franquiciado por el hecho o culpa de este último y, paradójicamente, se evidencia también la superficialidad con que se le ha expuesto y abordado en las investigaciones hechas en la materia, donde se omiten consideraciones elementales en torno a los rasgos distintivos de esta forma particular de responsabilidad y sobre la manera como debe aplicarse según lo dispuesto por el ordenamiento jurídico colombiano, el cual, entre otras cosas, ha desarrollado un muy incisivo régimen de responsabilidad por el hecho ajeno (con múltiples minucias y detalles), que claramente influye en el entendimiento de la relación franquiciante-franquiciado en cuanto a la responsabilidad del primero por los hechos del segundo.

Concretamente, una evaluación de las normas y la doctrina existente (con algunos pocos vistazos jurisprudenciales) llevó a dilucidar los siguientes puntos en torno a la temática abordada:

- En primer lugar, se mostró que en Colombia era claramente posible comprometer la responsabilidad del franquiciante ante los clientes del franquiciado, por el hecho o culpa de este último; para ello, se utilizó un triple fundamento: la responsabilidad por el hecho ajeno consagrada en el artículo 2347 del Código Civil colombiano, las leyes de protección al consumidor (particularmente el Estatuto del Consumidor) y la apariencia creada por el franquiciado al utilizar los signos de propiedad industrial del otorgante de la franquicia, dándole a los clientes la idea de que contratan directamente con este último y no con el primero.
- Partiendo del anterior fundamento y evidenciado que la responsabilidad del franquiciante por el hecho del franquiciado no es sino un exponente más de la responsabilidad por el hecho ajeno, se concluyó que se trataba de un régimen de responsabilidad subjetivo, en la modalidad de la culpa presunta, advirtiendo que la culpa que se presumía era la del franquiciante en la omisión de su deber de vigilancia y control respecto del franquiciado.
- Posteriormente se introdujeron algunos matices particulares que la regla general de responsabilidad del franquiciante por el hecho del franquiciado podía presentar y que versaban básicamente en torno a la primacía de las cláusulas de renuncia o exoneración de responsabilidad del otorgante de la franquicia pactadas por las partes, al ámbito geográfico de aplicación del *franchising* el cual puede influir en la normativa aplicable y, por último, a la modalidad de franquicia frente a la cual se esté, concretamente si se está frente a franquicia principal, la cual varía la aplicación del sistema.
- Finalmente se dieron una serie de sugerencias prácticas a la luz de lo más conveniente para cada una de las partes involucradas en este régimen de responsabilidad, con el fin de aportar una cuota práctica surgida a partir de la disertación teórica desarrollada.

Para concluir, algunos autores afirman que además de las estipulaciones contractuales, el ámbito geográfico de aplicación del *franchising* y la concurrencia con otros regímenes excepcionales, la responsabilidad del franquiciante ante los clientes del franquiciado por el hecho o culpa de este último podría verse matizada también según la modalidad de franquicia frente a la cual se esté...

Todo lo anterior con el propósito de caracterizar apropiadamente uno de los rasgos particulares del *franchising* nacional, desarrollado hasta ahora con muy poca profundidad no sólo desde una perspectiva meramente conceptual, sino desde el punto de vista del ejercicio diario del derecho y los riesgos prácticos a los que se puede enfrentar el franquiciante por la propia aplicación del régimen. Adicionalmente, y como se advirtió desde la presen-

tación preliminar de la presente investigación, más allá de sentar verdades en la materia, se propugna por la revitalización de un espacio de discusión y debate en torno a la temática, de manera que se construya a partir de susodicha disertación, la forma más apropiada de entender, analizar, aplicar y prever la responsabilidad del franquiciante ante los clientes del franquiciado por el hecho o culpa de este último.

REFERENCIAS

Alessandri, A. (1987). *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil*. Santiago de Chile, Chile: Imprenta Universal.

Alpa, G. (1977). La responsabilité du fabricant dans les projets de droit uniforme. *Revue Internationale de Droit Comparé*. Vol. II, Journées., pp. 35-89.

Arrubla, J. (2003). *Contratos Mercantiles. Tomo II: Contratos atípicos*. Medellín, Colombia: Diké.

Cámara de Comercio de Bogotá. (s.f.). "*Costumbres mercantiles certificadas en contratos de riesgo compartido y franquicias*". Recuperado el 15 de Enero de 2008, de la dirección electrónica: <http://camara.ccb.org.co/contenido/contenido.aspx?catID=73&conID=1047&pagID=1391>

Celis, A. (2004). *El contrato de franquicia*. Tesis de grado obtenido no publicado. Pontifica Universidad Javeriana, Bogotá D.C., Colombia: 2004.

CÓDIGO DEONTÓLOGICO EUROPEO DE LA FRANQUICIA. (s.f.). Recuperado el 15 de Enero de 2009, de la dirección electrónica http://www.guia.ceei.es/archivos/Documento/Codigo_Deontologico_Europeo_franquicia.pdf

Comisión Revisora del Código de Comercio (1958). *Proyecto de Código de Comercio*. (Tomo I). Bogotá D.C., Colombia: Ministerio de Justicia.

Confederación Colombiana de Consumidores. (1999, 18 de Julio). *Estatuto del Consumidor - Decreto 3466 del 3 de diciembre de 1982*. Recuperado el 15 de Enero de 2009, de la dirección electrónica: http://www.ccconsumidores.org.co/legislacion_dec3466.php?page=13

Flour, J., & Aubert, J. (1975). *Droit civil: les obligations*. París, Francia: Librairie Armand Collin.

Gete, M. (1979). *Estructura y función del tipo contractual*. Barcelona, España: Bosch.

INSTITUTO INTERNACIONAL PARA LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO (UNIDROIT). (2005). *Guía para los acuerdos de franquicia principal internacional*. Recuperado el 15 de Enero de 2009, de la página Web <http://www.unidroit.org>

Jacob, N., & LeTourneau, P. (1972). *Assurances et responsabilité civile*. París, Francia: Dalloz.

Malinvaud, P. (1990). *Droit des obligations*. París, Francia: Dalloz.

Marzorati, O. (2001.). *Franchising*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea.

Mascheroni, J. (1999). *Franchising: contrato atípico, know how, partenariat*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

Mazuera, D. (2001). *Recuento de jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia* . Bogotá D.C., Colombia: Legis.

Pérez, Á. (1968). *Teoría general de las obligaciones* . Bogotá D.C., Colombia: Temis.

República de Colombia (1887). *Ley 57 de 1887*. Colombia.

Tamayo, A. (2005). *La responsabilidad civil extracontractual y la contractual*. Bogotá D.C., Colombia: Ediciones Doctrina y Ley.

Viney, G. (1989). *La responsabilité du fait des produits en droit francais*. París, Francia: Société de Législation Comparée.